

TÜRK CEZA KANUNUNDA 'KAMU GÖREVLİSİ' KAVRAMI

CONCEPT OF "PUBLIC SERVANT" IN TURKISH PENAL CODE

Burcu DEMREN DÖNMEZ*

Özet: 2005 yılında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, ceza hukukunda pek çok kavram değişmiş veya yenilenmiştir. Bu kavramlardan bir tanesi de 765 sayılı TCK'da yer alan 'memur' kavramıdır. Bu çalışma kapsamında, TCK'da düzenlenen 'kamu görevlisi' kavramının kapsamı ve sınırları, 765 sayılı TCK ve idare hukuku düzenlemeleri ile kıyaslanarak ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Memur, kamu görevlisi, KİT personeli

Abstract: There has been amended or reviewed many issues in criminal law by the enforcement of the Turkish Penal Code numbered 5237 in 2005. One of those issues is the 'officer' conception which prescribed in 765 numbered Turkish Penal Code. In this study, we should determine the scope and the limits of the "public servant" conception by making comparison with the regulations of 765 numbered Turkish Penal Code and Administrative law.

Keywords: Officer, public servant, public economic enterprise staff.

Giriş

5237 sayılı TCK'nın 2005 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte ceza hukukunda pek çok kavram değişmiş veya yenilenmiştir. Bu kavramlardan bir tanesi de, 765 sayılı TCK'daki '*memur*' kavramıdır. 5237 sayılı kanun '*memur*' ifadesini terk etmiş yerine 'kamu görevlisi' kavramını düzenlemiştir. Yeni düzenleme, hem lâfzî hem de içerik bakımından değişiklikler içermektedir. Bu kavram pek çok suç bakımından önem taşıyan bir kavramdır. Zira bazen suçun unsuru olmakta, bazen de nitelikli hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısacası kamu görevlisi olmak, ceza kanunu uygulamasında çeşitli etkiler doğurmaktadır.

* Yrd. Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD öğretim üyesi.

Ancak ne yazık ki, 'kamu görevlisi' kavramı, teoride ve uygulamada tam bir açıklığa kavuşmuş değildir. Uygulamada 'memur' kavramı halen kullanılmaktadır. Çünkü değişik kanunlarda farklı düzenlemeler yer almaktadır. Bu anlamda yaşanan sorun, sadece 5237 sayılı TCK'nın 'memur' tanımını değiştirmiş olmasından kaynaklanmamaktadır. Kanunlar arasında bir terim ve anlam birliğinin genel olarak sağlanamamıştır. Farklılıklar, uygulayıcıları ciddi sıkıntılara sürüklemektedir. Örneğin 5237 sayılı TCK "memur" kavramını kaldırmış olmasına rağmen; Anayasa, Devlet Memurları Kanunu, 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve pek çok kanunda "memur" kavramı kullanılmaya devam etmekte ve ayrıca "diğer kamu görevlileri" adı altında farklı bir kavram da beraberinde kullanılmaktadır.

Bu çalışma kapsamında biz, kamu görevlisi kavramını açıklamaya yönelik değerlendirmeler yapacağız. Özellikle, sıkıntılı noktaları tespit edip, konuya ilişkin çözüm önerileri getirmeye çalışacağız.

Bu kapsamda ilk olarak, memur ve kamu görevlisi kavramları incelenecek, kamu görevlisi kavramı ile TCK arasındaki ilişki üzerinde durulacak, daha sonra mukayesenin sağlanabilmesi için 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK karşılaştırmalı olarak tartışılacaktır.

1. Genel Olarak

Ülkemizde yıllardır kullanılan ve benimsenen bir kavram olan "memur" kavramı, Avrupa Birliği uyum süreci ile başlatılan Anayasa değişiklikleri ve takiben gerçekleştirilen kanun reformu sürecinde ceza kanunu bakımından yerini "kamu görevlisi" ifadesine bırakmıştır. Bu noktada öncelikle, "memur" kavramının genel olarak içeriği hakkında bilgi vermek, kavramın gelişim süreci ve etkilerinin ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadır.

"Memur" kavramı tanımı, statüsünü belirten kanunun amacına ve hizmetin niteliğine göre siyasi, idari, teknik özellikleri dikkate alınarak, çeşitli şekillerde yapılmıştır¹. Her ülkenin siyasi, ekonomik, teknik

¹ Yaşar, Hakkı, "Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki", AD, 1966 s.796; Onar, Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 3.bası, 2.cilt, s.1074

ve toplumsal ortam ve koşulları birbirinden farklı olduğu için ülkeler arasındaki düzenlemeler de birbirinden farklıdır². Çünkü siyasi rejimi ne olursa olsun, her ülkede kanun koyucu kendi tarihi, kültürel, siyasi ve ekonomik ihtiyaçları dikkate alarak memurları da içeren bir kamu personel rejimi belirlemektedir³. Bazen bir ülkenin aynı zamanda yürürlükte bulunan farklı kanunlarındaki tanımlar bile birbirleriyle tam anlamıyla uyum içerisinde olmayabilir⁴. Nitekim ülkemiz kanunları bakımından da aynı sorun söz konusudur.

Ülkemizde, kanunlarda yer alan bu farklılıklar, öğretilerde ve uygulamada ciddi uyuşmazlık ve aksaklıklara yol açmıştır⁵. Tüm farklılıklarına rağmen, kanunların hem uluslararası boyutta, hem de ulusal boyutta esasta birleştikleri ortak noktalar da bulunmaktadır⁶. Bu esas noktaları, iki ana grupta toplamak mümkündür. Bunlar, kamu hizmetinin varlığı ve devamlı surette idare kadrosu ve hiyerarşisi içinde bulunmaktır⁷. Ancak 5237 sayılı TCK bu ezberi bozmuştur.

1982 Anayasası m. 128' de, "*Devletin, kamu İktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" denilerek, yukarıda belirttiğimiz iki unsur ifade edilmiştir. Yine 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, "*devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden*" denilerek, Anayasanın lafzına paralel bir düzenleme yapılmıştır. Devlet Memurları Kanununu da Anayasa'daki tanıma benzer bir düzenleme yapmış,

² Keyman Selahattin, "Memurin Muhakematı Kanunu" AÜHFD, 1962, c.XIX, sayı1-4, s.183; Erdoğan Ahmet, "Memur kavramında Yenilik", DD. 1972, yıl: 2, sayı:4, s.8; Giritli İsmet, *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, İst. 1979, 6.bası, s.268; Şekercioğlu Metin, *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, 1974 s.13; Ünlü, Ahmet Hamdi, *Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa*, Ankara, 1992 s.10; Onar, S.S., s.1074

³ Sancakdar, Oğuz, *Memur Hukuku*, TC. Anadolu Üniversitesi Yayını, No. 1760, Ağustos 2007, 1.bası, s.3

⁴ Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2006, s.445

⁵ Mumcu, Uğur, "Türk Hukukunda Memurların Yarılanması", AÜHFD, 1971, c.XXVIII, s.146

⁶ Yaşar, H., s.796; Erdoğan, A., "Memur Kavramında Yenilik", DD. 1972, yıl 2., sayı 4, s.8

⁷ Keyman, S., s.183; Erdoğan, s.8; Giritli İ., s.268; Şekercioğlu M., s.11; Ünlü, A.H., s.10; Onar, S.S., s.1074

m. 4/A'da "mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulamasında memur sayılır" şeklinde "memur" kavramını düzenlemiştir. 765 sayılı TCK'nın 279. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında bu tanım, biraz daha genişletilmiş; buna karşılık 5237 sayılı TCK madde 6'da, "memur" ifadesi terkedilmiş, yerine çok sınırlı ve belirsiz bir tanımla açıklanan 'kamu görevlisi' kavramı esas alınmış ve "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" nin anlaşılacağı hükme bağlanmıştır.

2. İdare Hukuku Bakımından

İdare Hukuku bakımından "memur" kavramı son derece geniştir. Kavram, tek anlamda kullanılmamış olması nedeniyle çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir⁸. Ancak esas üzerinde durmak istediğimiz konu, 5237 sayılı TCK'daki "kamu görevlisi" tanımı olduğu için, bu başlık altında fazla detaya girmeden, sadece 765 sayılı TCK m. 279'daki ve 5237 sayılı TCK m. 6/c'deki tanımları kıyaslamaya ve açıklamaya yetecek kadarını inceleyeceğiz.

I. Anayasal Düzenlemeler

Anayasanın pek çok maddesinde (m. 128,129,68,76 gibi) kamu hizmeti görevlilerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat açık olarak "memur" tanımlanmamıştır. Bunun nedeni, kural olarak Anayasaların yapıları gereği, çatı kanun olmaları ve genel ilkeleri belirtip ayrıntıya girmemeleridir. Zaten Türkiye Cumhuriyeti Anayasası niteliği itibarıyla sert bir Anayasa olup, değiştirilmesi kolay değildir. Anayasa çerçeveyi belirler ayrıntıların düzenlenmesini kanunlara bırakır. Çünkü değişen koşullara göre, kanunlarda değişiklik ve düzenleme yapmak çok daha kolaydır⁹.

⁸ Selçuk, Sami, "İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı", YD, Ocak-Nisan 1997, s.1-2, s.27; Şekercioğlu M., s. 11

⁹ Sancakdar, O., *Disiplin Yapıtırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Ankara 2001, s.30; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 445

Terminolojik kullanımına baktığımızda, başta Anayasa olmak üzere pek çok yasal ve idari düzenlemede farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, 1924 Anayasası (m.92,93,94) ile 1961 Anayasasında (m.117,118,119) ‘memur’ ifadesi kullanılırken, 1982 Anayasasında (m.128,129) ‘kamu hizmeti görevlileri’ başlığı altında ‘memurlar ve diğer kamu görevlileri’ deyimini kullanılmaktadır¹⁰.

Anayasanın 128. maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemede dikkat edilecek olan nokta, Anayasanın sadece memurlardan değil, “diğer kamu görevlileri” adı altında başka bir grup kişiden daha bahsetmiş olmasıdır¹¹. Daha açık bir anlatımla Anayasamız, “memurlar” ile “diğer kamu görevlileri” ni ayrı kavramlar olarak belirtmiş ve ayrı statüler oluşturmuştur.

1961 Anayasasının 117. maddesinde yapmış olduğu memur tanımı, uygulamada işçi-memur ayrımının yapılmasında sorunlar doğurmuştu. Bu sorunlar dikkate alınarak, memur tanımının 1982 Anayasasında yapılmasından kaçınılması arzu edilirken, sorun giderilmemiş aksine ‘memur’ ifadesinin yanında bir de ‘diğer kamu görevlisi’ kavramı Anayasaya girmiştir. Bu da uygulamada, iki kavramın birbirinden ayrılması bakımından, ciddi hukuki sorunlar yaşanmasına yol açmıştır¹². Günümüzde halen, ‘memurlar’ dışında kalan ‘diğer kamu görevlilerinin’ kimler olduğuna açıklık kazandıran yasal bir düzenleme bulunmamaktadır¹³. Buna karşılık TCK’da sadece ‘kamu görevlisi’ ifadesi kullanılmış ve çok geniş bir tanım yapılmıştır. Mevzuatlar bakımından ise bir uyum yakalanamamıştır.

Memurlar, kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlidir. Bu görevi genel idare esaslarına uygun olarak yürütmelidirler. Genel idare esasları, idarenin işlevlerini yerine getirmek için, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir düzendir. Bu düzende idare, kanunun kendisi-

¹⁰ Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 5.bası, c.1, Ankara 2007, s.892

¹¹ Gözübüyük/Tan, s.892; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 445

¹² Gözübüyük/Tan, s.892

¹³ Gözübüyük/Tan, s.897

ne verdiği yetkiyle ve istihdam ettiği memurları aracılığı ile, aynı ve nakdî olanakları da kullanarak, gerekirse kamu gücünü de bunlara ekleyerek, idari, icrai, tek yanlı işlemler ve eylemler yaparak, kamu hizmetlerini yerine getirir, kamu düzenini sağlar, ulusal güvenliği korur, özel kesimi ekonomik açıdan özendirir, kendi iç düzenine ilişkin etkinliklerde bulunur. Bu etkinlikleri yerine getirmekte kullandığı araç ise, memurlardır. İdare ile memur arasındaki hukuki ilişki kanunlarla düzenlenir. Memur, önceden var olan bir kadroya, atama işlemi ile girer. Memurun yerine getirdiği görev, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için aslidir ve süreklilik taşır¹⁴.

Ancak 1982 Anayasası, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, memur kavramına ek olarak *"diğer kamu görevlileri"* kavramına da yer vermiştir. Diğer bir ifade ile Anayasa, kamu hizmeti görevlilerini, sadece memurlardan ibaret görmemektedir. *"Diğer kamu görevlisi"* kavramı kapsamındaki kişiler de idare ile sözleşme ilişkisi içerisinde dirler. Bunlara örnek olarak sözleşmeli personelleri, devlet memurluğuna bağlı olmayan ve kendi personel kanunları bulunan üniversite öğretim elemanlarını, subayları, hakimleri gösterebiliriz. Elbette ki bu durumun asli ve sürekli görev kavramı ile bağdaştırılması mümkün değildir¹⁵.

Tam bir yasal tanım da yapılmadığı için bu noktada yargı kararlarından faydalanılmaktadır. Yargı kararlarına göre memurlar dışındaki kamu görevlileri, dar ve geniş kapsamda iki açıdan incelenebilir. Buna göre 657 sayılı kanuna göre kendi özel kanunlarına bağlı olduğu belirtilen personel¹⁶ dar anlamda kamu görevlileri olarak kabul edilebilir. Geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına ise, bunlar dışında kalan devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde idari sözleşme ile görev yapan sözleşmeli personel girmektedir¹⁷.

¹⁴ Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 446

¹⁵ Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 446

¹⁶ Gözübüyük/Tan, s.897, *"657 s.k. m.1'e göre, kendi özel yasalarına bağlı hakim ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, üniversite ve TO-DAİE öğretim üye ve yardımcıları, subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar, Emniyet Teşkilatı mensupları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri ve Devlet Opera ve Balesi ile şehir ve belediye konservatuar ve orkestralarının sanatkar memurları ve uzman memurları diğer kamu görevlileri olarak belirlenmiştir."*

¹⁷ Gözübüyük/Tan, s.897

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere Anayasamız 'kamu görevlisi' başlığı altında memur kavramını oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir¹⁸. Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki, Anayasanın "kamu görevlisi" anlayışı ile 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi anlayışı birbirlerinden tamamen farklıdır. Anayasa'daki mevcut ifadeler korunurken, 5237 sayılı TCK'nın, Anayasada yer alan kavramların hepsini içeren bir düzenleme yapmış olması, Anayasaya uygunluğu bakımından tartışmalı bir görüntü oluşturmaktadır.

II. Devlet Memurları Kanunu

İdare Hukukunda "memur" tanımı yapan pek çok kanun bulunmakla birlikte, tanım bakımından üzerinde durulması gereken belki de en önemli kanunun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olduğunu söyleyebiliriz¹⁹.

1965 tarihinde yürürlüğe giren ve çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklere karşın, günümüzde halen yürürlükte bulunan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde; "mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır" denilerek, kimlerin memur sayılacağı belirtilmiştir²⁰. Ayrıca aynı maddenin (A) bendinin ikinci fıkrasında, devlette ve kamu tüzelkişiliğine sahip diğer kuruluşlarda, genel politikanın saptanmasında, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde çalışanlar da memur sayılmıştır. Bunlar, kamu hukukundan aldıkları yetkilerle, kamu hiz-

¹⁸ "Demokrasi açısından değerlendirildiğinde memur kavramının dar tutulması gereklidir. Zira, aslında yerine getirilen fonksiyon kamu görevi olmasa da bazı kişilerin idare hukuku anlamında memur sayılması, bu kişilerin grev ve toplu iş sözleşmesi hakkına sahip olan işçilerin bu haklardan yararlandırılmamak istenmesi anlayışından ileri gelmektedir." Detaylı açıklama için bakınız Tezcan/Erdem/Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 7.bası, Ankara 2010, s.795

¹⁹ Pınar İbrahim, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Ankara 2000, s.119; Şekercioğlu, M., *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, Ankara 1974, s.11; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 446

²⁰ Yaşar, H., s.796; Timur, Turgut, *Memurların Yargılanmaları Usulü*, Ankara 1971, s.28-29 ; Erdoğan A., *Memur Kavramında Yenilik*, s.16, vd.; Giritli, İ., s.269; Ünlü, A.H., s.10; Damar, Emrullah, *Devlet Memurları Kanunu ve Sözleşmeli Personel Mevzuatı*, 2.bası, Ankara 1993, s.49; Gözübüyük/Tan, s.893

metlerini yürütmektedirler ve bu sebeple memur sayılmaktadırlar²¹. Ek olarak aynı kanununun 36. maddesinde, “yardımcı hizmetler sınıfı” na giren personel de, “memur” sayılmıştır. Ancak, hakim, savcı subay, astsubay, il özel idareleri ve Belediye personelleri bu kapsamın dışında bırakılmıştır. Yine Üniversite öğretim üyeleri ile yardımcılarının da sadece mali hükümler bakımından 657 sayılı kanuna bağlı olacağı, mali hükümler dışında kalan hususlar bakımından kendi kanunlarına tabi olacakları düzenlenmiştir²². Ancak burada bahsettiğimiz üniversite öğretim üyeleri Devlet Üniversitesinde görev yapan öğretim üyeleridir; vakıf üniversitesi öğretim üyeleri, mali yükümlülükler bakımından zaten 657 sayılı kanun dışında bulunmaktadır.

Zamanla getirilen bu genişleme pek çok idare hukukçusu tarafından eleştirilmiştir²³. Çünkü, devamlı yardımcı hizmetlerin memurlar tarafından yürütülmesinin benimsenmesi isabetsiz bulunmuştur.

657 Sayılı kanun memurlar dışında 3 ayrı gruptan daha bahsetmiştir. Bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılan sözleşmeli personel, geçici personel ve gündelikli olarak çalıştırılan işçilerdir²⁴.

Devlet Memurları Kanununda belirtilen düzenlemeler neticesinde devlet memurlarının taşınması gereken nitelikler 3 başlık altında ifade edilebilir. Bunlar; devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu tüzelkişiliğine sahip diğer kamu kuruluşlarında çalışmak, genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve asli ve sürekli olarak kamu hizmetine ilişkin görevlerin yürütülmesidir²⁵.

Bütün bu yukarıdaki açıklamalarımızın neticesinde Devlet Memurları Kanununa göre memuru tanımlayacak olursak, genel idare esaslarına uygun olarak devlet ya da bir kamu tüzel kişiliğinde, asli

²¹ Pınar, İ., s.120; Ünlü, A.H., s.10; Damar, E., s.49

²² Yaşar, H., s.796

²³ Detaylar için bakınız Sancakdar O., *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Ankara 2001, s.37

²⁴ Önder, Ali Rıza, “Ceza Yargılama Usulünde Memur Sayılmayan Görevliler”, AD Ağustos 1974, s.606; Gözübüyük/Tan, s.893

²⁵ Can, İsmail, “Memur Soruşturması Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı”, Ankara 1987, s.3 vd.; Selçuk S., “İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, s.27, Gökçe Abbas, “Memurun Adli Görevi ve Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa”, DD, 1979, yıl: 9, s.32-33, s.23; Giritli/ Bilgen / Akgüner, *İdare Hukuku*, s. 448

ve sürekli şekilde kadrolu olarak kamu hizmetini yürüten kişi olduğunu, söyleyebiliriz²⁶. Görüldüğü üzere, Devlet Memurları Kanunundaki düzenleme de aynı Anayasa gibi 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeden oldukça farklıdır.

3. Ceza Hukuku Bakımından

Ceza hukuku bakımından konuyu değerlendirebilmemiz için, önce 765 sayılı TCK uygulaması ve ilgili yargı kararları hakkında bilgi verip, daha sonra 5237 sayılı TCK hakkında değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira, her iki kanun arasında mukayese yapmak konunun aydınlatılması bakımından oldukça önemlidir.

I. 765 Sayılı TCK

A. Genel Olarak

Öncelikle ifade etmeliyiz ki, 765 sayılı TCK'da, "memur" ifadesi kullanıldığı için yapacağımız açıklamalarda 'kamu görevlisi' ifadesi yerine "memur" kavramı kullanılacak olup, kavramın 765 sayılı TCK ile ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

"Memur" sıfatı (yeni düzenleme ile 'kamu görevlisi' olma özelliği); ceza hukukunu çeşitli yönlerden ilgilendirir. Maddi ceza hukuku bakımından, memur sıfatının fail veya mağdur sıfatı ile birleşmesi, kanundaki ilgili suç tipinin bazen bir unsur bazen de nitelikli hal teşkil etmesi nedeniyle değişmesine sebep olmaktadır²⁷. Öte taraftan memur sıfatının varlığı, failin istisnai bir yargılama usulüne tabi tutulması bakımından da önem taşır²⁸.

765 sayılı TCK m. 279 "Ceza Kanununun Uygulanması Bakımından Memur ve Kamu Hizmeti Gören Kimse" başlığı altında şu düzenlemeyi getirmiştir:

"Ceza kanununun tatbikatında:

1-Devamlı ve muvakkat surette teşriî, idari veya adli bir amme vazifesi

²⁶ Selçuk, S., s.29; Can, İ., s.3 vd.; Yaşar H., s.796; Giritli/ Bilgen / Akgüner, s. 448

²⁷ Erman, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", SBOD, c. 11, s. 3-4, 1947, s. 236

²⁸ Erman, S., "Ceza Tatbikat ...", s. 270

gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşriî, idari ve adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

1- Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir."

Maddeden de anlaşıldığı üzere, 765 sayılı TCK "memur" kavramını geniş düzenlemiş, yasama yürütme ve yargı organlarında kamu görevi gören kimseleri ceza uygulamasında memur olarak kabul etmiştir²⁹.

Birinci fıkranın birinci ve ikinci bentlerinde, TCK uygulaması bakımından kimlerin "memur" sayılacağı, ikinci fıkranın birinci ve ikinci bentleri ise, "kamu hizmeti görmekte yükümlü olanlar" düzenlenmiştir³⁰. Bu ayrım gerçekten çok önemlidir; çünkü, Yargıtay 4.C.D. tarafından 3.7.1996 tarih ve 5188/6244 sayılı kararda, devlet kuruluşlarında görevli hizmetlilerin ceza kanunu bakımından memur sayılmayacakları, bu nedenle de ceza kanunu bakımından memurlar tarafından işlenebilen suçları işleyemeyeceklerinin altı çizilmiştir³¹.

²⁹ Timur, T., s.32; Mumcu, U., s.147; Pınar, İ., *Memur Suçlarında İdari Soruşturma*, 1987, s.10; Dönmezer, Sulhi, "Memurin Muhakematı Bakımından Memur, İHFD 1943, c.9, sayı 1-4, s. 820-823; Postacioğlu, İlhan E., Türk Ceza Kanunu Muvacehesinde İflas İdare Memurları, İHFM 1973, s. 207

³⁰ Pınar, İ., s.121; Erman, S., s. 242; Timur, T., s.33; Yaşar, H., s.812; Keyman, S., s. 183; Demirbaş, Timur, "Türk Ceza kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, DEÜHFD, Ankara 1987, c.III, sayı 1-4, s.254; Malkoç İsmail, *Memur Yargılaması*, Ankara 2000, s. 67 "Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 25.11.1985 tarih ve 1/410-595 sayılı kararında belirttiği üzere, bu konuda, aynı görüştedir." Buna karşılık farklı görüşler de bulunmaktadır. Örneğin, Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, "Bu ayrım, ihtiyacı karşılamak bir yana Türkçe dilbilgisi kurallarına da aykırıdır." age. s.484

³¹ Malkoç, İ., s. 53, Yargıtay 4.C.D. tarafından 3.7.1996 tarih ve 5188/6244 sayılı karar "Devlet kuruluşlarında görevli hizmetliler, ceza yasası uygulamasında memur sayılmayacaklarından, görevde, yetkiyi kötüye kullanma suçlarından cezalandırılmayacakları gözetilerek, sanık Yalçın Sağlamın suçu işlediği tarihte hizmetli olarak mı yoksa veznedar olarak mı görevli olduğu araştırılıp, hizmetli kadrosunda hizmetli olarak görevlendirilmiş

B. Özellikleri

Gerek kamu görevini, gerekse kamu hizmetini yerine getirmek devamlı veya geçici olabileceği gibi, hizmetin karşılığı ücretli veya ücretsiz, hizmetin yerine getirilmesi ise, ihtiyari veya mecburi olabilir³².

Bir kişinin 765 sayılı TCK bakımından memur veya kamu hizmetlisi sayılması için bir kamu kuruluşu ile arasında iş anlaşması yapılmış olması gerekli değildir. Diğer bir ifade ile, kişinin kurum lehine devamlı olarak çalışması ve bunun sonucu ücret alması şart değildir. Kamu görevlisi memur ve kamu hizmetlisi personelinin kendi adlarına çalışan özel kişilerden de oluşabilmesi mümkündür³³. Devletle arasında istihdam bağı bulunmayan bir kimsenin eski ceza kanununun tatbikinde memur sayılabilmesi için; öncelikle, bir kanun hükmünün özel kişi tarafından kamu görevinin yerine getirilebilmesine imkan vermesi (bu mecburi olabileceği gibi ihtiyari de olabilir); daha sonra, devletle kamu görevini yerine getiren kimse arasında bir kamu hukuku ilişkisi ve bağının kurulmuş olması, ve son olarak da, fert tarafından yapılan faaliyetin bir kamu görevi olması gereklidir³⁴.

765 sayılı TCK'daki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramından da farklıdır. TCK'daki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramına göre bir açıdan daha geniş, bir açıdan ise daha dar bir kavramdır. Geniştir çünkü, idare hukukundan farklı olarak, memur ile devlet arasında istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Zira idare hukukundaki memurluk, aynı zamanda bir kadroya bağlılığı da ifade etmektedir. Bir başka görüşe göre daha dardır, çünkü TCK uygulamasında ancak kamu görevi yerine getirenler memur sayılırken, idare hukukunda böyle bir kamu görevinin yerine getirilmesine gerek yoktur. Bu görüşün 5237 sayılı TCK bakımından geçerliliği tartışmalıdır³⁵. Aşağıda bu konu detaylı olarak tartışılacaktır.

ise memur sayılmayacağı hizmetli kadrosunda veznedarlık yaptırılıyor ise, ya da veznedar kadrosunda ise, memur sayılacağı gözetilerek, saptanacak duruma göre, suç niteliğinin belirlenmesi gerekirken eksik soruşturmaya dayanılarak, TCY' nin 240.maddesiyle cezalandırılmasına karar verilmiştir."

³² Soyaslan, Doğan, s.45; Gözübüyük, Abdullah Pulat "Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramları", AD 1970, sayı.1, s.9; Erdoğan A., *Memur Kavramında Yenilik*, s.16, vd.; Keyman S., s.183; Gözübüyük A.P., s.9

³³ Soyaslan D., s.45; Gözübüyük, A.P., s.9; Erdoğan, A., s.16, vd.; Keyman, S., s.183; Gözübüyük, A.P., "Ceza Huk...", s.9

³⁴ Erman, S., "İflas İdaresi Memurları ...", s .32

³⁵ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel*

C. Memur- Hizmetli Ayırımı

a. Genel Olarak

765 sayılı TCK düzenleme ve uygulamasıyla, memur ile kamu hizmeti gören kimseyi birbirinden ayırmış, iki grup kimsenin tarifini yapmıştır. Ayırımın belirlenmesinde yukarıda bahsettiğimiz özelliklerin (devamlı-geçici olması, ücretli-ücretsiz olması, ihtiyari-mecburi olması gibi) bir önemi yoktur. Esas ayırt edici özellik, ifa edilen faaliyetlerin içeriğidir. İlk grup kamu görevi yapar bu nedenle memurdur, diğer grup ise kamu hizmeti görür, bu nedenle de kamu hizmeti gören kişidir³⁶.

Her iki fıkranın da birinci bendinde, Devlet veya bir kamu kurumunun müstahdemi olmak, diğer bir ifadeyle Devlet veya bir kamu kurumu ile arasında istihdam ilişkisi bulunması söz konusu iken, ikinci bentlerde, “diğer kimseler” tabiri altında Devletin veya bir kamu kuruluşunun müstahdemi olmayan memur ve kamu hizmetlileri düzenlenmiştir. Bu noktada kişinin memur veya kamu hizmetlisi sayılabilmesi için müstahdem olup olmamasının önemi bulunmamaktadır³⁷.

765 sayılı TCK, bazı maddelerinde yalnız kamu hizmeti görmekle yükümlü kimselerden, bazı maddelerinde yalnız memurlardan, bazı maddelerinde ise her iki gruptan birlikte bahsetmiştir. Demek ki, kanun koyucu 765 sayılı TCK uygulamasında, memur ile kamu hizmeti gören kimseyi birbirinden farklı düzenleyerek, bu farklı gruplara tabi olan kimselerin içinde buldukları mevkilere göre, ayrı cezai düzenlemelere tabi olmasını istemiştir.

Kanun koyucu bu sistemi 1936 yılında, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun üç grup personel kabul etmesinden etkilenererek, kabul etmiştir³⁸. Bundan önce kanunumuzda, sadece memur ifadesi vardı. 3038 sayılı kanunla bir çok madde değiştirilerek, 765 sayılı TCK'daki

Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7.bası, Ankara 2010; s.797

³⁶ Erman, S., s. 242, Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 9.bası, İstanbul 1989, s.759; Soyaslan D., s.45; Sancakdar O., *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, DEÜ Yayını, 2001 İzmir, s.54

³⁷ Erman, S., “Ceza Tatbikat ...”, s. 242-243, Pınar, İ., “Memurlar ...”, s.122; Şekercioğlu, M., *Ceza hukukunda ...*, s.19; Demirbaş T., s.254

³⁸ Kunter, N., s.759-760, Soyaslan D., s.44; Gözübüyük Ş., s.8

düzenleme son halini almıştır. Bu durum, Adalet Komisyonu gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: *“Ceza Kanununun kimlerin memur sayılacağını gösteren 279. maddesi, özellikle bu layiha ile teklif olunan değişikliklerden sonra, maksadı ifadeye kafi gelmemektedir. Esasen bu eksiklik nedeniyle mer’i kanunun 211.maddesinde 279.maddedeki tarifin dışında kalan bazı kimselerin de, memur gibi rüşvet suçunu işleyebilecekleri kabul olunmuştur. Devletin emniyeti aleyhine cürümler bahsinde yapılması teklif olunan değişiklikler sebebi ile de, memur hakkındaki tarifin daha geniş tutulması lüzumuna kani olan ve değişikliği teklif olunan maddelerin bazılarında, memurdan başka, kamu hizmeti görmekle muvazaf kimselerden bahsedilmekte ve bunların da memur sayılacağı beyan edilmekte olduğunu göz önünde tutan encümenimiz 279.maddenin de tadilini teklif etmeğe karar vermiştir.”*

Gerekçeden de anlaşıldığı üzere kanun koyucu, kamu görevi ifa eden kimsenin yanında kamu hizmeti görmekle yükümlü olan kimsenin de açık tanımını yapma mecburiyetini duymuştur³⁹.

Sonuç olarak 765 sayılı TCK bakımından kabul edilen genel bir tanıma göre, *“kamu görevi yapan yani hukuksal bir işlem veya eylemde bulunmak suretiyle hukuksal bir iktidar ve yetki kullanan ya da bu işlem veya eylemlerin yapılmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım eden kişiler memur, kamu hizmeti gören yani bu şartlara sahip olmayan kişiler ise kamu hizmeti görmekle yükümlü sayılırlar⁴⁰”*. Kanun koyucu suçun niteliğini dikkate alarak faili belirlemiş ve suça özel bir yaklaşım tarzını benimsemiştir.

b. İdare Hukukundaki Ayrımın 765 Sayılı TCK Bakımından Önemi

765 sayılı TCK m. 279’da *“kamu görevi”* ve *“kamu hizmeti”* ifadelerini kullanmış ancak kavramların tanımlarını açıkça yapmamıştır. Bu kavramların açıklanması bakımından, idare hukukuna zımnen atıfta bulunulmuştur⁴¹. Bu noktada öğretilerde farklı görüşler de ortaya çıkmıştır. Bunlara göre, *‘memur’* ve *‘hizmetli’* kavramları bakımından 765 sa-

³⁹ Kunter, N., s.759-760

⁴⁰ Sancakdar, O., ... Denetimi, s.54

⁴¹ Pınar, İ. Memurlar..., s.122; Kunter, N., s.762; Meran, N., Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet- Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2008, s.17

yılı TCK uygulaması ile idare hukuku uygulaması arasında herhangi bir benzerlik ve bağlantı yoktur. Bu nedenle, TCK'daki memur veya hizmetli kavramlarının kimleri kapsadığını araştırırken Anayasadaki ve 657 sayılı Devlet Memurları kanununun 4. maddesinden faydalanmak mümkün değildir⁴².

Ancak idare hukukundaki değerlendirmeleri tamamen reddetmek mümkün değildir. Zira, İdare Hukuku öğretisinde de, kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için farklı görüşler bulunmaktadır⁴³. Ayrıca öğretilerde kamu görevi ile kamu hizmetinin arasında fark olmadığını, aralarında sadece derece farkı olduğunu ileri süren görüşler⁴⁴ bile bulunmaktadır.

İdare hukukçuları, kamu görevi ve hizmeti kavramlarının tarif ve tespiti konusunda iki gruba ayrılmışlardır. Birinci grup, objektif bakımdan konuyu ele almaktadır, Devlet faaliyetlerinin esas ve mahiyetlerini inceleyerek tespitlerini yaparlar. İkinci grup ise sübjektif bakımdan konuyu ele alıp; Devlet veya kamu kurumları çalışanlarının yerine getirdikleri faaliyetlere, sahip oldukları hak ve yetkilere önem verirler⁴⁵. Öğretilerde bu konuda pek çok farklı görüş olduğu için ileri sürülen fikirler değişik ayırmalar altında incelenmiştir⁴⁶.

Objektif teori bakımından kamu görevi, Devletin esas ve özünü ilişkin diğer bir ifade ile hukuki sahasına giren faaliyetlerdir, bu

⁴² Gözübüyük, Ş., s.7;

⁴³ Sancakdar, O., ...Denetimi, s.54

⁴⁴ Soyaslan, Doğan,, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı", AÜHFD., 1996, c.45, s.1-4, s.49; Kunter N., s.762 "Kunter'e göre, kamu hizmeti ile kamu görevi arasında bir fark yoktur. Zira Dönmezer ile Dr. Cemil Bengü de onun bu fikrine katılmaktadırlar ve kamu görevi yapan memur ile kamu hizmeti gören memuru bir tutmaktadırlar."

⁴⁵ Erman, S., " İflas ..." s. 243, Yaşar H., s. 813

⁴⁶ Örnek olarak bu konudaki görüşleri için bkz. Soyaslan D., s.46 vd. "Buna göre 3 görüş vardır: İlk görüşe göre, kamu görevinin temsil özelliği vardır, kamu hizmetinin ise böyle bir özelliği yoktur. Bu kriter tek başına yeterli değildir. İkinci görüşe göre, devlet idaresinin faaliyetinin hukuki veya sosyal faaliyet olup olmadığına göre ayırım yapılır. Hukuki faaliyetler, devletin esaslı ve temel amacına uygun faaliyetlerdir; sosyal faaliyetleri ise, toplum için sadece faydalı olan faaliyetlerdir. Fiziki, ekonomik ve entelektüel amaçlarla yapılırlar. Bu görüşe göre devletin esaslı faaliyetine giren görev kamu görevi, ikinci gruba girenler ise kamu hizmetidir. Bu görüş de haklı olarak itirazlara uğramıştır. Üçüncü görüşe göre, Kamu görevi emir verme ve kumanda etme yetkisini içerir, kamu hizmeti ise böyle bir yetkiyi içermez. Bu fikre karşı da eleştiriler vardır., Şekercioğlu, M., s.14 vd.

kapsamda olmayan ve sosyal sahaya dahil olan faaliyetler ise, kamu hizmetidir. Sübjektif teori bakımından ise, bazı şahıslar, Devletin kendi teşkilatı içinde ve dışında sahip olduğu yetki ve görev nedeniyle, hukuki tasarrufların yapılması veya hukuki fiillerin yerine getirilmesi konusunda yetkili kılınırken, diğer bazı kimselere, doğrudan doğruya hukuki sonuç bağlamayan, bedeni ve fikri faaliyetlerin yerine getirilmesi yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Sübjektif teori, sadece birinci gruba giren kimseleri kamu görevi yerine getirmiş sayar. Diğer bir anlatımla kişi, kamu hukukuna uygun bir hukuki tasarruf veya fiilde bulunmak için hukuki iktidar ve yetki kullanıyor, iştirak ve yardımda bulunuyorsa, kamu görevi; bunların dışında bir faaliyet gerçekleştiriyorsa, kamu hizmeti yerine getirir⁴⁷.

Objektif ve sübjektif görüşlerin dışında bu noktada gaye teorisi hakkında da bilgi vermek yerinde olacaktır. Çünkü bu görüş de öğretilerde çokça taraftar toplamaktadır. Gaye teorisine göre, Devletin görevlerinden bir kısmı asli görevlerdir. Bu görevleri yerine getirmeyen bir devlet düşünülemez. Diğer bazıları ise, zorunluluk taşımamakla birlikte yerine getirilmesi toplum için faydalı olan görevlerdir. Asli görevlere kamu görevi, bunları yerine getirenlere de 'memur' denir. Asli görevlerin dışında kalanlara ise kamu hizmeti, bunları yerine getirenlere de 'kamu hizmetlileri' denir⁴⁸.

Bu değerlendirmeler 765 sayılı TCK uygulamasının şekillenmesinde etkili olmuştur. Aşağıda yargı kararları üzerinde bilgi verilirken bu konu daha iyi anlaşılacaktır.

D. Konuya İlişkin Yargı Kararları

Yargıtay, kamu görevi-kamu hizmeti ayırımını daha çok gaye teorisi açısından ele almıştır. Yargıtay'a göre, kamu görevi, Devlet tarafından kamu yararı için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, devletin devlet olarak yerine getirmesi zorunlu olan faaliyetlerdir. Bunların dışında kalan işler kamu hizmeti

⁴⁷ Erman, S., "İflas..." s. 245-250-251; Yaşar H., s. 813-814; Demirbaş, T., "Türk Ceza Kanununda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri"; s. 255; Öztürk, B., "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ve İnsan", s. 71

⁴⁸ Şekercioğlu, M., s.14, vd.; Kunter, N., s. 755

olarak kabul edilmiştir (4.3.1947 tarih 173/116 sayılı karar)⁴⁹. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.1.1969 gün ve E. 693, K. 969-17 sayılı kararında, ceza kanunu uygulamasında memur veya memur sayılan kimselerin kamu görevi yapan kişiler olduğunu, bu kapsamda din görevlilerinin yaptıkları işin kamu görevi sayılmayacağı, dolayısıyla da aylıklı imam, hatip ve müezzinlerin memur sayılamayacaklarını kabul etmiştir. Ancak genel idare içerisinde yer alan din işlerini kontrol ve düzenlemeye yetkili olan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, kendi özel kanununun bulunması nedeniyle kurumdaki görev yapan yönetici kadro ile il ve ilçe müftülerinin memur sayılması gerektiğini belirtmiştir.

1983 yılındaki başka bir kararında Yargıtay, avukatlar ve başkaca hizmet gruplarının, aslında bir kamu hizmeti yaptıkları halde, bu hizmetlerin maddi karşılığı devlet bütçesinden karşılanmadığı için birer kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir⁵⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.1985 tarihli 410/595 sayılı kararında⁵¹ "TCK'nın 279. maddesine göre memur, Devlete ait bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuksal işlem veya eylemin uygulanmasını gerçekleştirenlerle, bu hukuksal işlem ve eylemin uygulanmasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım edenlerdir" demek suretiyle memuru tanımlamıştır.

YCGK 23.6.1998 tarih 180-242 sayılı kararında, "Ceza kanunu yönünden memur, kamu görevini yerine getiren kimsedir. 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasa ile TCK. nın 279. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, imam hatiplerin yaptığı görevler kamu

⁴⁹ Pınar, İ., *Memur Suçlarının Soruşturma Usulü*, Ankara 1997, s.10; Kunter, N., s. 765, Yargıtay Hususi dairesi, 4.3. 1947 tarih, 173.E., 116 K. Nolu kararında "Amme vazifesi sevlet tarafından amme menfaatleri için tahakkuk ettirilmesi zaruri görülen faaliyetlerdir. Devletin, devlet olarak tahakkuk ettirmek mecburiyetinde olduğu işlere taalluk etmeyen ve bunlara fer'i olarak da bağlı bulunmayan faaliyetler amme hizmeti olarak kabul edilmiştir. Amme vazifesi devletin müvesini teşkil eder. En bariz vasfı zaruri oluşu yani devletin bu vazifeyi zaruri olarak yerine getirmek ödevinde olmasıdır. Amme hizmetleri ise devlet tarafından ihtiyari olarak kendi faaliyet sahasında alınan işlerdir. Bunlarda öbürlerinde mevcut olan zaruret vasfı yoktur...."

⁵⁰ YHGK, 14.9.1983, E.980/1714, K.983/803, *Yargıtay Kararları Dergisi*, c.IX, sayı.11, Kasım 1983, s.1587

⁵¹ Meran, Necati, *Zimmet-Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 s.17

görevi niteliğinde sayılmayacağından ve 633 sayılı yasada imamların işledikleri suçlar nedeniyle haklarında Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanunu Muvakkat hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir hüküm de bulunmadığından, sanık hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere göre yapılması ve davanın iddianame ile açılması gerekmektedir. Bu nedenle Asliye Ceza Mahkemesi görevsizlik kararını kaldırmalıdır.” diyerek kamu görevi görmeyi esas almıştır⁵².

Danıştay bir kararında ise, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olmakla beraber serbest bir meslek olması nedeniyle, avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olduklarının kabul edilmesine olanak olmadığını belirtmiş; bu nedenle de davacıya verilen cezanın 3817 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Yasa kapsamında bulunmadığını ifade etmiştir⁵³.

E. Genel Değerlendirme

765 sayılı TCK m. 279 birinci fıkrasının 1. bendinde, memur sayılabilmek için görevin “*yasama, yürütme ve yargılama*” görevleri ile bağlantılı olması gerektiğini koşul olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte, devlet veya bir kamu kuruluşuna bağlı olmak, yerine getirilen işin kamu görevi olmasına karine sayılmış olsa da; bunun dışında kalan kamu görevlilerinin de bulunabileceği ifade edilmiştir. Din görevlileri, kural olarak genel idare içerisinde yer almakla birlikte, yasama yürütme veya yargı teşkilatına bağlı çalışmadıkları için TCK bakımından memur sayılmamıştır. “*765 sayılı TCK bakımından en önemli kıstas, halk adına egemenliği kullanan yasama, yürütme veya yargı kuruluşlarında kamu görevi yapmaktır*”. Bu kıstasın dışında, kişinin devamlı devamsız olması, ücretli veya ücretsiz çalışması, ihtiyari veya mecburi çalışması önemli değildir. Bu anlamda tanık ve 1412 sayılı CMUK 127. maddeye uygun olarak suçüstü hallerinde yakalama yapan kişi de yargı kuruluşu içerisinde bir kamu görevi yerine getirmektedir ve ceza kanunu bakımından memur statüsü içerisinde. Özellikle tanığa karşı işlenen suçlarda, tanığın memur sayılması, fail bakımından ağırlaştırıcı sebeplerinin uygulanabilmesine imkan sağlar.

⁵² Daha fazla bilgi için bakınız Malkoç, İ., s.51

⁵³ Dan. 8.D., E.993/117, K.994/306, *Danıştay Dergisi*, sayı 90, s.817

Ayrıca, 765 sayılı TCK m. 279, kamu hizmetlilerini geniş anlamda memur kavramı içerisine almış ve ikinci fıkrada düzenlemiştir. Bu tanımlamaya bağlı olarak TCK, bazı hükümlerinde sadece memur ifadesini, bazılarında ise memur ile birlikte kamu hizmetlisi ifadesini de kullanarak düzenleme yapmıştır⁵⁴.

Kanunun lafzı, kamu görevi gören memurları 765 sayılı TCK uygulamasında, memur saymıştır. Buna karşılık kamu hizmeti gören memurlar, kamu hizmeti görmekle yükümlü kimse olarak kabul edilmiştir. Memur statüsü içinde olan veya olmayan müstahdemler veya sair kimseler ise, kamu hizmeti görme koşuluyla kamu hizmeti gören kimse olarak adlandırılmıştır⁵⁵.

"Memur" kavramı, TCK'nın güttüğü hedef ve taşıdığı mahiyet açısından dar yorumlanmıştır. Çünkü geniş yorum, basit kamu hizmetlerinin de; (örneğin, odacı, bekçi, bahçıvan, şoför gibi kişileri) bu kapsama dahil edilmesini gerektirmektedir. Bu da kanunun ruhuna ve amacına açıkça aykırı bulunmuştur⁵⁶.

Yargıtay da, memur kelimesini dar yorumlamış ve kanunun kabul ettiği "*amme vazifesi gören memur, müstahdem ve sair kimse*" kıstasını "*Devlet hizmeti gören memur*" şeklinde ifade etmiştir. Danıştay, 1255 sayılı tefsir kararından sonra verdiği bir kararında, odacıların ceza kanununa göre memur olmadığını, bu itibarla MMK'ya tabi olmadığını belirtmiştir. Danıştay, odacıların amme hizmeti görmediklerini ifade etmiş ve kamu görevi ile kamu hizmetini açıkça ayırmamakla beraber zımnen bir tefrik yaparak kıstaslarını ortaya koymuştur⁵⁷.

Sonuç olarak, 765 sayılı TCK'ya göre memurun tanımını şu şekilde yapabiliriz: Devletin hukuki sahasına giren, esas amaç ve özüne ilişkin yapmakla yükümlü olduğu zorunlu işlerinde sürekli-geçici, ücretli-ücretsiz, ihtiyari veya mecburi ayırımı yapılmaksızın kamu görevi görmek amacıyla yasama, yürütme ve yargı kollarında çalışan kişiler, memurdur.

⁵⁴ Pınar, İ. *Memurlar ...*, s.121, Öztürk Bahri, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ve İnsan Hakları Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri", *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 1997; s. 71

⁵⁵ Yaşar, H., "Ceza Kanunu...", s.815

⁵⁶ Gözübüyük, A. P., s.7, Pınar İ., "Memurlar ...", s. 121

⁵⁷ Kunter, N., s. 764

II. 5237 Sayılı TCK

A. Genel Olarak

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da düzenlenen 'memur' terimini ve uygulamasını terk etmiş, 'kamu görevlisi' ifadesini benimsemiştir. Birazdan yapılacak olan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı kanun sadece terim değişikliği yapmamış aynı zamanda kavramın içeriğini de tamamen değiştirmiştir.

5237 sayılı TCK'nun 6. maddesinin c fıkrasında 'kamu görevlisi', kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, olarak tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesinde⁵⁸ ise, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçütün, gördüğü işin kamusal faaliyet olması gerektiği ifade edilmiştir. Kamusal faaliyet ise, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olarak tanımlanmıştır. Gerekçede örnek olarak, bilirkişiler, tercümanlar, tanıklar ve askerler kamu görevlisi olarak sayılmıştır.

5237 sayılı TCK'da kamu görevi- kamu hizmeti ayrımı yapılmamış, bu nedenle de memur kamu hizmetlisi kavramlarına yer verilmiştir⁵⁹. 765 sayılı TCK'da 'memur' olabilmek için aranan ölçüt, kamu görevi yerine getirmek olduğu için, 5237 sayılı kanundan tamamen

⁵⁸ Maddenin gerekçesi: "765 sayılı Türk Ceza kanunundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakiasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de kamu görevlisidirler.

^{Buna} karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilere üstlenilmesi durumunda bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır."

⁵⁹ Meran, N., Zimmet..., s.18

farklı bir anlayışı benimsediğini söyleyebiliriz. Bu kapsamda yeni kanun bir ölçüde idare hukuku anlayışına daha yakın bir bakış açısı getirmektedir. Öğretide, 5237 sayılı TCK'ya göre kamu görevi yerine getirmeyenlerin de 'kamu görevlisi' sayılacağı öne sürülmektedir⁶⁰. Bu kapsamda yeri geldikçe, 5237 sayılı kanunun idare hukuku ile benzer ve farklı yönleri üzerinde durulacaktır. Kapsamı ve sınırları değerlendirilecektir.

Bu noktada ayrıca TCK m. 6/d 'de tanımlanan yargı görevlileri bakımından da bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. İlgili madde ve fıkrada "...yüksek mahkemeler ve adli, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar" yargı görevi yapanlar olarak ayrıca ifade edilmiştir. Bu sayılan kişilerin yerine getirdikleri faaliyetlerin kamusal nitelik taşıdığı kuşkusuzdur. O halde 'yargı görevi yapanlar' da kamu görevlisi olarak değerlendirilecek midir? Görevini yerine getiren kamu görevlisine karşı işlenen suçlar bakımından ya da suçun işlenmesi için failin bir ön şart olarak kamu görevlisi olmasının gerekli olduğu suçlar bakımından, yargı görevini yerine getiren kişiler hakkında nasıl bir uygulama yapılacaktır? Aslında bu soruların yanıtı çok açıktır. 5237 sayılı kanunda ayrıca 'yargı görevi yapanlar'ın tanımlanmış olması, onların kamu görevlisi olma niteliğini değiştirmeyecektir. Zira hiç kuşkusuz ki, yargı görevi mensupları kamu görevi ifa etmektedirler. Bu nedenle de soruşturma usulleri farklı kanuna tabi olsa da, işledikleri suçlar bakımından ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olma sıfatları söz konusu olacaktır.

B. Kapsamı

5237 sayılı TCK m.6/c' de kamu görevlisi tanımı "*kamu faaliyetinin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" olarak yapılmıştır. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için belli şartların oluşması gerekir. Bunlardan ilki yürütülen işin kamusal faaliyet olması; ikincisi, bu işin yürütülmesi katılan kişinin faaliyete katılma şekli; üçüncüsü, faaliyetin niteliği ve dördüncüsü ise kişinin

⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.797

idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmamasıdır. İlk üç şart, maddedeki tanımdan açık olarak anlaşılabilen buna karşılık dördüncü şart gerekçede kendisini ortaya koymaktadır. Aşağıda özellikle kamusal faaliyet ve kamusal faaliyete katılma şekli üzerinde durulacak, faaliyetin niteliği ve gerekçede ortaya konulan ve tartışmalı olan dördüncü şart bu başlıklar altında bağlantılı olarak değerlendirilecektir.

a. Kamusal Faaliyet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, “*kamu görevlisi*” kavramının belirlenmesinde temel ölçüt olarak ‘*kamusal*⁶¹ *faaliyet*’i esas alınmıştır. Bu nedenle, öncelikle ‘kamusal faaliyet’ kavramına açıklık getirmenin gerekli olduğunu düşündük. Zira kamusal faaliyet kavramı, ceza kanunumuza yeni giren bir kavramdır. 765 sayılı kanunda böyle bir ifade kullanılmadığı için kavramın açıklık kazanmasının büyük önemi bulunmaktadır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere 765 sayılı TCK m.279’da, ikili bir ayırım gözetilerek düzenleme yapılmıştı. Buna göre, kimlerin ‘*memur*’ sayılacağı ve kimlerin ‘*kamu hizmeti görmekle yükümlü*’ sayılacağı ayrı ayrı düzenlenmişti. 765 sayılı kanun uygulaması sırasında öğretilerdeki bazı yazarlar bu iki kavramın aynı anlama geldiğini ileri sürmüşlerdir⁶² ancak biz, kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarının farklı anlamlara geldiğini ve dolayısıyla farklı sonuçlar doğurduğu ifade etmiştik. Çünkü, bu ayırım 765 sayılı kanun uygulaması bakımından çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bazı suçlar sadece kamu görevi gören memurlar tarafından işlenebilmekte, bazı suçlar ise hem kamu görevi gören memurlar, hem de kamu hizmeti gören kamu hizmetlileri tarafından işlenebilmektedir. Buna karşılık bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından suçun ağırlaştırıcı nedeninin uygulanabilmesi için, mağdurun kamu görevi gören memur olması gerekirdi. Diğer bir

⁶¹ “*Kamusal-Özel*” ayrımı önem taşıyan bir konudur. Kamusal denildiğinde devletle ilgili, özel denildiğinde ise özel olan kişilerle ilgili bir durum anlaşılır. Detaylı bilgi için bkz. Meran, N., *Zimmet...*, s.19

⁶² Soyaslan, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 4.bası, s.592-593; Giritli / Bilgen / Akgüner, s.449, Dönmezer de aynı görüşteydi ancak sonraki çalışmalarında bu görüşünü değiştirmiştir, bkz. “*Memurin Muhakematı Bakımından Memur*”, *İÜHF* 1943, sayı:3-4,s.922 ve *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1983, s.74

ifade ile kamu hizmeti gören kişiler bu kapsam içerisinde bulunuyorlardı. Kanunkoyucu *yerine getirilen görevin amacı ve işlevin niteliğini* esas alarak farklı düzenlemeler yapmayı tercih etmişti. Bu ölçütler, devletin yerine getirmek zorunda olduğu birincil görevleri⁶³ olarak kabul edilmiş⁶⁴, Yargıtay da, 'memur' tanımı kapsamında aynı görüşü benimsemişti.

765 sayılı TCK döneminde 'memur' kavramının tanımı bakımından uygulamada sıkıntılar yaşanmıştır. Ancak yeni kanun bu sıkıntıları giderecek bir düzenleme yapmak yerine "kamusal faaliyet" kavramı ile kamu görevlisi kavramını tanımlamış ve uygulayıcıları bu kavram bakımından daha da sıkıntılı bir durumun içerisine sokmuştur. Ne yazık ki yeni bir kavram, başka bir yeni kavramla tanımlanmış ve kavranılması oldukça zor yeni değerlendirmeleri ortaya çıkarmıştır. Çünkü ne ceza hukuku, ne de idare hukuku 'kamusal faaliyet' terimini açıkça tanımlamıştır⁶⁵. Öğretide de, kanunkoyucunun bir kavramı bilinmeyen ve kullanılmayan başka bir kavramla açıklamaya çalışması, ciddi şekilde eleştirilmiştir⁶⁶.

Kavramın anlaşılması için bu nedenle öncelikle gerekçeye baktık. Maddenin gerekçesinde '*kamusal faaliyet*', "*Anayasa ve kanunlarda*

⁶³ Birincil görev ile belirtmek istenen, ulusal güvenliğin korunması, kamu hizmetlerini yerine getirme, kolluk etkinlikleri, özendirme ve destekleme etkinlikleri, planlama etkinlikleri, idarenin iç işleyişine ilişkin etkinlikler sayılabilir. Detaylı bilgi için bkz. Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. baskı, Ankara 2004, s.19-23; Giritli/Bilgen/Akgüner, s.450

⁶⁴ Günday, M., s. 518-519; Giritli /Bilgen / Akgüner, s.450 İdare hukukçularına göre bu ölçüt, "*idarenin kendisine verilen görevleri (idari işlemleri ya da fonksiyonları), Anayasanın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına (kamu hukuku rejimi yada kamusal idare usulleri olarak da ifade edilebilir) göre yerine getirirken yaptığı idari, icrai, tek yanlı, kamu yararını gerçekleştirme amaçlayan idari işlemlere ve eylemlere katılan herkes olarak*", değerlendirilmektedir

⁶⁵ Buna karşılık bazı yazarlar gerekçede olduğu gibi, kamusal faaliyetin Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğunun herkesçe bilindiğini ifade etmektedirler. Meran, N., s. 18. Ancak bu değerlendirme ilk olarak yeni Türk Ceza Kanunu'nun 6.maddesinin c fıkrasına ilişkin gerekçesi ile ortaya konulmuştur. Diğer bir ifade ile yazarın bu noktadaki görüşüne ve gerekçedeki ifadeye katılmaktayız.

⁶⁶ Okuyucu Ergün, Güneş, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, s.13; Önok Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.370

belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi" olarak tanımlanmıştı. Bu açıklamadan hareket ettiğimizde, kişinin yerine getirdiği faaliyet kamu görevi olmasa bile, gerçekleştirdiği etkinlik kamusal nitelik taşıyorsa, "kamu görevlisi" sayılmasının mümkün olacağı sonucuna varıyoruz⁶⁷. Çünkü kanunun gerekçesinde bir hizmetten bahsedilmekte, ve bunu diğer hizmetlerden ayıran ölçütün de, hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğu belirtilmektedir. Ayrıca kişinin devletle veya bir kamu tüzel kişisiyle istihdam ilişkisi içerisinde bulunması gibi bir şart aranmamıştır. Bu anlamda yapılan açıklama ne idare hukuku esasları ile ne de ceza hukuku esasları ile bağdaşmamaktadır. Zira kamusal faaliyet kıstasının belirlenmesinde subjektif unsur olan personelin niteliği değil, objektif unsur olan faaliyetin niteliği esas alınmıştır⁶⁸. Öğretide bazı yazarlar kamusal faaliyetin kamu görevi olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedirler⁶⁹. Ancak bu da zorlama bir yorum olacaktır. Bu nedenle, tanım ve gerekçesinin açıklığı karşısında böyle bir yorumun yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

Yeni düzenleme ile, 765 sayılı TCK döneminde memur sayılmayan birçok görevli "kamu görevlisi" kapsamı içerisine dahil olmuştur⁷⁰. Bu tanım, Devlet Memurları Kanunundaki "memur" tanımından bile daha geniştir⁷¹. Yeni düzenleme ile örneğin, din hizmetlileri veya genel hizmetler sınıfında görev yapanlar, tek ölçütün kamusal faaliyetin yürütülmesine (atama, seçilme ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak) katılma olması nedeniyle, kamu görevi yerine getirmedikleri halde, artık kamu görevlisi olarak değerlendirilecektir. Üstelik gerekçede, "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak, *memur kavramını da kapsayan 'kamu görevlisi'* tanımına yer verildiği" açıklanmıştır. Ama yeni tanım, sıkın-

⁶⁷ Giritli /Bilgen /Akgüner, s.449; Tezcan/Erdem/Önok, s.798

⁶⁸ Özbek, Veli Özer /Kanbur, Nihat /Doğan, Koray /Bacaksız, Pınar /Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.175

⁶⁹ Okuyucu Ergün, G., "Zimmet..." s.30 vd; Okuyucu Ergün, G., "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 82; 2009, s.141

⁷⁰ Artuk Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, s.484; Meran N., *Zimmet...*, s.19

⁷¹ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.451; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.484, Eski Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımından da çok daha geniştir.

ları çözmek bir tarafa daha fazla eleştirinin ortaya çıkmasına ve sorunun doğmasına neden olmuştur.

İdare hukukundan farklı olarak 5237 sayılı TCK, kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir istihdam ilişkisi içerisinde olmasını da aramamaktadır. Bu noktada TCK'da yer alan kamu görevlisi kavramının, idare hukukundaki kamu görevlisi kavramından çok daha geniş bir kavram olduğunu görüyoruz⁷².

Kanun koyucunun TCK'da '*kamu görevlisi*' kavramını tanımlarken, '*memur*' kavramından daha geniş bir düzenleme yapmayı amaçlamış olması, ne yazık ki uygulamadaki sıkıntıları çözmek yerine, bunları daha da arttırmıştır⁷³. Nitekim, bu tanım neticesinde kamu görevlisi olmak, ayırıcı bir unsur olmaktan çıkmış, nerede ise toplumun geneline yayılmıştır⁷⁴. Bu denli büyük bir alana hitap etmenin mantığı, faydası ve amacı anlaşılabilir değildir. Oysa ki kanunkoyucu, rüşvet suçununun düzenlendiği madde 252/4 de olduğu gibi, failin kamu görevlisi olmasının ön şart olduğu özgü suçlarda, suçun faili konusunda genişletme yapma gereği duyduğunda, bunu açıkça yapabilmektedir. Diğer bir ifadeyle kanunkoyucu, arzu ettiği zaten kamu görevlisi kavramını genişletme imkanını kullanmaktadır. Hal böyle iken, ucu bucağı anlaşılmayan, sınırlarının çizilmesinde sıkıntı yaşatan bir düzenleme yapmış olması, düşündürücüdür.

b. Kamusal Faaliyete Katılma Şekli

İdare hukukunda, kamu görevlisi sayılabilmek için "*doğrudan kamu hizmeti gören-görmeyen*" ve "*kamuya yararlı iş gören-görmeyen*" ayrımı ön plana çıkarılmıştır. Yine idare hukukunda kamu hizmeti, kamu yararı bulunan toplumsal bir gereksinmeyi karşılamak amacıyla kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altındaki özel

⁷² Önok M., s.369

⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7.bası, Ankara 2010, s.795 vd.; Farklı görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.483 "*İstihdamı değil, kişinin icra ettiği fonksiyonu esas alan yeni düzenlemenin yerinde olduğu*" ifade edilmektedir.

⁷⁴ Okuyucu Ergün, G., *Zimmet ...*, s.37

kişilerce yürütülen etkinlikler, olarak tanımlanmaktadır⁷⁵. Bu nedenle bir hizmetin sadece kamuya yönelik olması kamu hizmeti sayılması için yeterli değildir; ayrıca bu hizmetin kamu tüzel kişisi veya bunların denetim ve gözetimi altındaki özel hukuk kişilerince yürütülmesi gerekir. Örneğin dolmuş şöförleri kamuya yönelik bir hizmet sunmaktadırlar. Ancak bu hizmeti yerine getirenlerin idare ile herhangi bir organik bağı bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, ilgili hizmet, kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetim ve gözetimi altındaki özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmediği için idare hukuku anlamında kamu hizmeti sayılmazlar.

Buna karşılık, TCK m.6/1-c kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılacağını belirtmiştir. Buradan çıkan sonuç, idare hukukundan farklı olarak kamuya yönelik ve kamuya yararlı her hizmeti sağlayanın, yeni ceza kanunu anlamında kamu görevlisi olabileceğidir⁷⁶ ki, bunun da sınırlarını çizmek kolay değildir. Ancak bu sınırların çizilmesi zaruridir.

Belki de sınırları çizebilmek için kanun koyucunun iradesi ile neyi amaçladığını tartışmak gerekir. Şu soruyu sormak bu noktada yerinde olacaktır. Kanun koyucu “*kamu görevlisi*” kavramını geniş olarak değerlendirecek, TCK’nun sınırlarını mı genişletmek istiyor? Demokratik devletlerde bilindiği üzere asl olan, düzenlemelerin cezai değil özel hukuk düzenlemeleri ile yapılmasıdır. Bu kapsamda çağdaş devletler mümkün olduğunca bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyi tercih etmezler, diğer bir ifade ile ceza hukukunun istisnaiği esas alınır. ‘*Ceza hukuku*’ başvurulacak son çaredir ve gerekli olmadıkça kullanılmamalıdır. Şimdi sorumuza geri dönelim, kanun koyucunun amacı bu noktada ceza hukukunun sınırlarını mı genişletmektir? Bu soruya ‘hayır’ şeklinde yanıt vermek istesek de, düzenlemeyi lafzi olarak değerlendirdiğimizde ne yazık ki yanıtın ‘evet’ olduğunu görmekteyiz.

Gereğede konuya ilişkin yapılan tek sınırlama, kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılanların, kamu görevlisi olarak kabul edilmeyeceğidir. Çünkü böyle bir katılma söz konusu olduğun-

⁷⁵ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.39

⁷⁶ Önok, M., s.371

da, özel hukuk ilişkisi hükümleri uygulanacaktır. Cezai sorumluluk kapsamında ise, TCK'nın genel hükümlerinden hareket edilerek, ihale ilişkisine dayanarak katılan kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir⁷⁷. Aslında buradaki düzenleme ile, kamu hizmeti görenlerin değil, kamuya yararlı iş görenlerin kapsam dışında bırakılmak istendiğini düşünmekteyiz⁷⁸. Ayrıca kamusal faaliyetlerin yürütülmesinin özel hukuk kişilerince üstlenilmesi usulleri idare hukukunda belirlenmiştir. Bu usuller arasında ihale yöntemi bulunmamaktadır. İhale bu kapsamda kullanılan bir araçtır. Bu nedenle de gerekçedeki açıklama tam olarak kavramı açıklayamamaktadır⁷⁹.

Ancak bu noktada, sıkıntılı başka bir durum daha söz konusudur. Zira, bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için hizmetin sadece kamuya yönelik olması yetmez, söz konusu faaliyetin kamu hizmeti olduğunun siyasal irade tarafından belirlenmesi gerekir⁸⁰ aynı zamanda bu hizmetin kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetimi ve denetimi altındaki kişilerce gerçekleştirilmesi aranır⁸¹. Eğer hizmet kamu kuruluşunun denetimi ve gözetimi altında ise hizmeti yürütenlerin Türk vatandaşı olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmadığı için yabancılar dahi bu noktada kamu görevlisi olabileceklerdir⁸². İşte kamusal faaliyetin yürütülmesine '*herhangi bir surette katılan*' kişi ifadesinin tanımda kullanılmış olması bu sıkıntının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Oysa ki '*herhangi bir surette*' katılma ifadesi yer almasa idi, kavram daha net olarak ortaya konulabilirdi.

Kullanılan kavramları idare hukukundan bağımsız olarak değerlendirip konuyu ceza hukukunun ihtiyaçlarını dikkate alarak değerlendirmeye çalışır isek, o takdirde kamusal faaliyetin kamu görevi ve kamu hizmeti ifa edenleri kapsadığını düşünüp, kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılanları bu kapsamın dışında bırakabili-

⁷⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.484

⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.799; Önok M., s.372

⁷⁹ Önok M., s.372

⁸⁰ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 779; Günday M., 284; Akyılmaz Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Konya 2003, s.329; Yaşar/Gökcan/Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c.1, Ankara 2010, s.97

⁸¹ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.39

⁸² Benzer yönde görüş için bkz. Önok M., s.372

riz⁸³. Bizce böyle bir değerlendirmenin kabulü sınırsızlığın önüne geçecektir. Sonuç olarak, kamu görevi ve kamu hizmeti görenler kamu görevlisi kavramı içerisinde değerlendirilecek, kamuya yararlı iş görenler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Bu değerlendirme, hem çerçeveyi çizecek hem de kamu faaliyetinin yürütülmesine 'herhangi bir surette' katılma ifadesinin genişliğini ortadan kaldıracaktır. Zira atama yoluyla veya seçilme yoluyla katılmanın niteliği ortadadır. Bu konuda zaten fazlaca tartışılacak bir husus bulunmamaktadır.

Zaten Yargıtay⁸⁴ da "site ve apartman yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacaklarını" ifade etmiştir. Yine, "Medeni Yasanın 398 vd. maddeleri uyarınca kısıtlı olan babasına yön-temince vasi olarak atanan sanığın üstlendiği özel vesayet görevinin kamusal nitelik taşımayıp bu nedenle kamu görevlisi sayılmayacağı⁸⁵" na karar vermiştir. Diğer bir ifade ile Yargıtay, gerçekleştirilen faaliyetin kamuya yararlı bir faaliyet olmasını tek başına kamu görevlisi olmak için yeterli bir kriter olarak kabul etmemektedir⁸⁶.

Buna karşılık, avukatlar⁸⁷, sağlık ocağında görev yapan hekimler⁸⁸, tanıklar⁸⁹, ihtiyar heyeti üyeleri⁹⁰, belediye başkanı⁹¹, federasyon başkanları⁹², vali yardımcılarını⁹³, kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri⁹⁴, kamu görevlisi olarak değerlendirilmişlerdir⁹⁵. Devlet ve vakıf üniversiteleri öğretim üyeleri de yine kamu görevlisi olarak değerlendirileceklerdir.

⁸³ Benzer yönde görüş için bkz. Önok M., s.372; Tezcan/Erdem/Önok, s.799

⁸⁴ Yar. 4.Dairesi 02.04.2008 tarih ve 2008/1344-2008/5396 s.k.

⁸⁵ Yar. 4.CD. 05.12.2007 t., 2006/6881-2007/10375 sk.

⁸⁶ Kararların devamı için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.123-125

⁸⁷ Yar. 4.CD. 23.11.2009 t., 2008/5516-2009/19215 sk.

⁸⁸ Yar. 4.CD. 07.10.2009 t., 2008/10261-2009/15788 sk.

⁸⁹ Yar. 4.CD. 13.07.2009 t., 2008/19877-2009/14039 sk.

⁹⁰ Yar. 4.CD. 09.02.2009 t., 2007/1152-2009/1830 sk

⁹¹ Yar. 4.CD. 21.01.2009 t., 2007/5687-2009/473 sk.

⁹² Yar. 4.CD. 16.11.2009 t., 2009/23014-2009/19293 sk.

⁹³ Yar. 4.CD. 17.11.2009 t., 2008/4093-2009/18964 sk.

⁹⁴ Yar. 5.CD. 10.04.2007 t., 2006/11234-2007/2734 sk.

⁹⁵ Kararların içeriği için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s.120-123

Yaşar/Gökcan/Artuç'a⁹⁶ göre de, artık kişinin kamu görevi mi yoksa kamu hizmeti mi gerçekleştirdiğinin önemi yoktur. Önemli olan kamu görevine iştirakin herhangi bir biçimde değil, kamu hukuku usulünce gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Sonuç olarak, kamusal faaliyete katılan kişinin devletle herhangi bir organik bağ içinde olması, ücret alması veya başkaca maddi bir menfaat temin edip etmemesi önemli değildir⁹⁷. Bu noktada 5237 sayılı TCK, ciddi bir şekilde idare hukukundan ayrılmaktadır. Kamusal faaliyetin, gerek kamu görevi gerekse kamu hizmeti kavramlarınca karşılanması, 765 sayılı TCK'daki kamu hizmeti görenlerin kapsam dışına bırakılmasına ilişkin eleştirileri de karşılamış olur. Ancak kamuya yararlı faaliyetlerin kamusal faaliyet kapsamında değerlendirilmemesi oldukça önemlidir. Ayrıca kamuya yararlı faaliyetlerin kamusal faaliyet kapsamı içerisinde düşünülmemesi, kamusal faaliyete herhangi bir surette katılma ifadesinin genişliğini de daraltmaktadır. Bu bakımdan gerek Yargıtay, gerekse öğreti tarafından benimsenen ve ortaya konulan yol yerinde olmuştur.

c. KİT Çalışanlarının ve Kamusal Faaliyet Yürütmeyen Kurumlarda Çalışanların Durumu

KİT çalışanlarının durumunu ayrı bir başlık altında incelememizin nedeni, 765 sayılı kanun döneminde bu kişilerin hukuki statü ve uygulamalarına ilişkin özel düzenlemelerin ve uygulamaların olmasıdır. Bunun yanında kamusal bir faaliyet yürütmeyen kurumların kendi özel kanunlarında personelin 'kamu personeli' gibi veya 'memur' gibi cezalandırılacağı ifadelerinin bulunması halinde, bu çalışanlar bakımından da bilgi vermek yerinde olacaktır. Öncelikle KİT çalışanları üzerinde duracağız.

765 sayılı TCK döneminde, m. 279/1 kapsamında sadece kamu görevi ifa edenler memur sayıldığı için, KİT personeli bu kapsama

⁹⁶ *Yaşar/Gökcan/Artuç*, s.98

⁹⁷ Yar. 4. CD 23.11.2009 tarih ve 2008/5516-2009/19215 sayılı kararında, avukatın yeni Türk Ceza Kanunu uygulamasında kamu görevlisi olarak kabul edileceğini ifade etmiş ve bu kapsamda görevi kötüye kullanma suçunun faili olabileceğini belirtmiştir. Detaylı karar için bkz. *Yaşar/Gökcan/Artuç*, s.120

girmiyordu. Kanunkoyucunun duyduğu lüzum üzerine, 3771 sayılı kanunla kanunlaştırılan 399 sayılı KHK'nin 11/b maddesi gereğince, KİT personelinin bizzat işledikleri suçlar bakımından memur sayılacağı hükme bağlanmıştı. Öte yandan bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından, kişinin KİT çalışanı olmasının bir önemi yoktu, çünkü sadece işledikleri suçlar bakımından (elbetteki yerine getirdikleri görevleri ile ilgili olarak) memur gibi cezalandırılmaları söz konusu idi. Düzenleme tamamen ilgili kuruluşların menfaatini korumaya yönelik tek taraflı bir koruma sağlıyordu.

5237 sayılı TCK, kamu görevlisi kavramını tanımlayarak tamamen farklı bir anlayış getirdi. Bu kapsamda artık TCK uygulaması bakımından, KİT personelinin durumunun ne olacağına yönelik, öğretide iki görüş ileri sürüldü. İlk görüşe göre⁹⁸, TCK m. 5'te yer alan düzenleme gereğince, TCK madde 6'daki '*kamu görevlisi*' tanımı, artık ceza sorumluluğunu düzenleyen özel kanunlardaki düzenlemeler bakımından da geçerli olacaktır. Zira, TCK'nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. Bu sebeple ilgili kuruluş personelinin memur sayılacağı ya da memur gibi cezalandırılacağı yönünde getirilen düzenlemeler, yürürlükten kalkmış sayılacaktır. Bu kişiler, yeni TCK m. 6/c de yer alan '*kamu görevlisi*' tanımı içerisine giriyorlarsa, yeni kanun uygulaması bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilecek ve aksine bir düzenleme kendi mevzuatlarınca yapılmadığı sürece, hem işledikleri suçlar bakımından hem de kendilerine yönelik işlenen suçlar bakımından, kamu görevlisi olma sıfatları dikkate alınarak işlem yapılacaktır. Çünkü yürürlük yasasının geçici 1. maddesinde, diğer kanunların TCK'nın genel hükümlerine aykırı olan düzenlemelerinin yürürlüğünün sağlanmasının istenmesi halinde, en geç 31.12.2008 tarihine kadar ilgili değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir düzenleme yapılmadığı için, 31.12.2008 tarihinden itibaren artık yeni ceza kanununun genel hükümlerinin geçerli olacağı ifade edilmiştir.

⁹⁸ Apaydın, Necati, "TCK Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu II*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s.154, Okuyucu Ergün, s.43; Tezcan/Erдем/Önok, s.803; Okuyucu Ergün, G., "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 82; 2009, s.142

İkinci görüş⁹⁹ ise, 765 sayılı TCK döneminde, diğer kanunlardan TCK'ya yapılan göndermelerin, 5237 sayılı TCK döneminde artık ilgili konuyu karşılayan 5237 sayılı TCK hükümlerine yapılmış olduğunu kabul eder. Bu görüşe dayanak sağlayan düzenleme, 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 3/1. maddesidir. Bu maddede "*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır*" denilmektedir. Bu kapsamda KİT personelinin, yeni TCK m.6/c'de düzenlenen 'kamu görevlisi' kavramı kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın, kamu görevlisi olarak sayılması gerektiği ve o çerçevede cezalandırılması gerektiği ifade edilir . Bu görüşte, 765 sayılı TCK dönemindeki tek taraflı uygulama anlayışı devam ettirilmiş ve korunmuştur.

Bizim görüşümüze göre ilk görüş, daha yerinde bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Özel kanunlarda yer alan KİT personelinin 'memur gibi cezalandırılacağı'na ilişkin düzenlemeler, TCK m. 5'in açık düzenlemesi karşısında hükümsüz hale gelmiştir. Burada artık tek değerlendirilecek olan husus, KİT personelinin TCK m. 6/c kapsamında kamu görevlisi sayılıp sayılmayacağıdır. Zira Yargıtay 4. CD. de, 05.12.2006¹⁰⁰ tarih ve 2081/17292 sayılı kararıyla vermiş olduğu kararıyla, KİT personelinin kamu görevlisi olarak kabul edileceğini ve gerek işledikleri suçlar bakımından, gerekse kendilerine yönelik işlenen suçlar bakımından kamu personeli olarak kabul edileceklerini onaylamıştır.

Sonuç olarak 765 sayılı TCK uygulamasında KİT personeli bakımından söz konusu olan ikili ayırım, 5237 sayılı TCK ile ortadan kalkmıştır. Bundan böyle KİT personeli genel olarak kamu görevlisi kapsamında değerlendirilecektir¹⁰¹.

⁹⁹ Artuk/Gökcan/Yendünya, s.484-485; Gökcan, Hasan Tahsin, *Görevi Kötiyeye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara 2008, s.46

¹⁰⁰ Yaşar/Gökcan/Artaç, s.98-99,126-127 "*Posta dağıtıcısı olan sanığın posta gönderilmesiyle ilgili olarak 399 sayılı Yasa Gücünde Kararnamenin 11/b maddesi ve Tebligat Yasası kapsamındaki görevini yapması nedeniyle de 7201 sayılı Tebligat Yasasının 52,57.maddeleri uyarınca 765 sayılı TCY uygulamasında "memur" sayılarak memur gibi cezalandırılması gerektiği gibi, 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği "kamusal faaliyete" katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir"*

¹⁰¹ Benzer yönde görüş için bakınız Meran, N., s.20

KİT sayılmamakla birlikte, TCK m.6 kapsamında kamusal faaliyet yürütmeyen bir kurumun kendi özel kanununda, çalışanların 'kamu görevlisi' gibi cezalandırılacaklarının düzenlenmiş olması halinde uygulama nasıl olacaktır? Bu kapsamda bazı yazarlar KİT çalışanlarının durumundan farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadırlar. Buna göre bu kişiler TCK m. 6 kapsamında kamu görevlisi sayılmamakla birlikte işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılabilirlerdir¹⁰². Yukarıdaki görüşten ayrılmasının nedeni ise Yargıtay'ın yaklaşımıdır. Yargıtay 5. CD 10.04.2007 tarihli kararında¹⁰³ kooperatiflerin yönetim kurulu başkan ve üyelerinin kamu görevlisi gibi cezalandırılmalarının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Ancak biz bu noktada da ilk görüşün uygulanmasının daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Eğer ilgili kanunlarda değişiklik yapılmamış ise, artık bu kişiler bakımından da TCK m. 6/c kapsamında değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira kanunkoyucu, kamusal faaliyet kıstasının ötesinde de bazı suçların faileri bakımından çitayı genişletmiştir. Bu noktada, zaten kurumun kendi mevzuatındaki düzenlemeden bağımsız olarak, TCK kapsamında bazı özgü suçlar için suçun faillerinin kapsamının genişletildiğini görmekteyiz. Örneğin, rüşvet suçunun düzenlendiği TCK m. 252/4'te, halka açık anonim şirketlerin ve kooperatif adına hareket eden kişilerin de bu suçun faili olabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda yer alan kişiler, işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılacak, fakat kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi kabul edilmeyeceklerdir. Kanunkoyucu diğer anlayışı benimsemiş olsaydı, bu çeşit özgü suçlar bakımından ayrıca genişletme yapma gereği duymazdı. Diğer bir ifade ile kanunkoyucunun da ilk görüş doğrultusunda hareket ettiğini düşünmekteyiz.

Sonuç

Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK m. 6/c fıkrasında düzenlenmiş olan '*kamu görevlisi*' kavramının, 765 sayılı TCK'daki '*memur*' kavramından çok daha geniş bir kavram olduğunu ifade edebiliriz. Kavramın, ta-

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s.803

¹⁰³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.123, Yar. 5. CD. 10.04.2007 t., 2006/11234-2007/2734 sk.

mamen yeni bir kavram olan kamusal faaliyet kavramı ile açıklanmış olması, gerekçede kamusal faaliyete ilişkin açıklamanın açık ve net olmaması, diğer bir ifade ile kavramın sınırlarını tam olarak belirlenememesi sıkıntı verici bir durumdur.

Bu itibarla yaptığımız incelemede, öğretinin görüşleri ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları değerlendirilerek şu sonuçlara ulaşılmıştır.

1. 5237 sayılı TCK'da tanımlanan 'kamu görevlisi' kavramı ne yazık ki 765 sayılı kanun döneminde yaşanan sıkıntıları çözecek nitelikte bir tanım değildir.
2. TCK, kamu görevlisi kapsamına giren kişilerin belirlenmesinde tek ölçüt olarak kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmak esasını kabul ettiği için yapılan düzenleme sağlıklı bir tanımlama getirmemiştir.
3. Gerekçede açıklanan kamusal faaliyet kavramı da yeterli bir açıklama içermemektedir. Bunun nedeni, 'kamusal faaliyet' kavramının ne ceza hukukunda ne de idare hukukunda tanımlanmış olmasıdır.
4. 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı kanunda tanımlanan kamu görevi gören memurları ve kamu hizmeti gören kamu hizmetlilerini içerdiği, buna karşılık kamuya yararlı iş görenleri kapsamadığı şeklinde anlaşılması, sınırlarının çizilmesi bakımından faydalı bir yaklaşım olacaktır. Aynı zamanda 765 sayılı TCK dönemindeki eleştirileri de karşılayacaktır.
5. Ayrıca eskiden sadece işledikleri suçlar bakımından memur gibi cezalandırılan KİT çalışanları, yeni düzenleme bakımından hem işledikleri suçlar hem de kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 'kamu görevlisi' olarak değerlendirileceklerdir. Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir.
6. Buna karşılık KİT çalışanları dışında kalan kendi özel kanunlarında memur gibi cezalandırılacakları hükme bağlanmış olan çalışanlar bakımından da TCK m.6/c kapsamında değerlendirme yapılması ve bu kişilerin kamu görevlisi kavramı dışında tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira kanunkoyucu çeşitli maddelerde özgü suçun faillerinin kapsamını bilinçli olarak arttırmıştır. Bu

nedenle ilgili personelin ancak, özgü suçların failleri bakımından yapılan genişletme kapsamına girmeleri halinde veya 31.12. 2008 tarihine kadar kendi kanunlarında değişiklik yapılmış olması halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarını ifade etmeliyiz. Bu kapsam dışında kalmaları halinde ise, ne işledikleri suçlar bakımından ne de kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilemezler.

7. Kanunkoyucu, gerek kamu görevlisi kavramının tanımı bakımından, gerekse bazı suçların faili bakımından çok geniş bir düzenleme yapmıştır. Bu denli geniş bir düzenlemenin yapılması çok da gerekli değildir. Zira bu tanım nedeniyle, özellikle özgü suç niteliği taşıyan ciddi ve ağır suçların faillerinin kapsamı oldukça genişletilmiştir. Demokratik ülkelerde, ceza kanunu uygulamasının istisnailiği ilkesi geçerlidir. Diğer bir ifade ile, ceza hukuku son çare olarak uygulanmaktadır. Esas olan özel hukuk uygulamaları ve yaptırımları ile kamu düzenini korumak ve geliştirmektir. Bu kapsamda yapılan düzenlemenin çok geniş olduğunu ve yukarıda önerdiğimiz hususlar kapsamında sınırlarının çizilmesi halinde, sıkıntının bir ölçüde azaltılabileceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Konya 2003
- Apaydın, Necati, “ TCK Tasarısında’ki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu II*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004
- Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005
- Beşe, Hakkı Kamil, *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*, Ankara 1943
- Can, İsmail, *Memur Soruşturması Memurlarla İlgili Suçlar ve Soruşturma Mevzuatı*, Ankara 1987
- Damar, Emrullah, *Devlet Memurları Kanunu ve Sözleşmeli Personel Mevzuatı*, 2.bası, Ankara 1993

- Demirbaş, Timur, "Türk Ceza Kanunu'nda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri", *Prof. Dr. Kudret Ayiter'e Armağan, DEÜHFD.*, Ankara 1987, c. III, sayı. 1-4
- Dönmezer, Sulhi, "İktisadi Devlet Teşekkülleri Memur ve Müstahdemleri ve Memurin Muhakemat Kanununun Tatbiki", *İHFD* 1945, c.IX, sayı.3-4, s.387 vd.
- Dönmezer, Sulhi, "Memurin Muhakematı Bakımından Memur, *İHFD* 1943, c.9, sayı 1-4, s. 820-823
- Erdoğan, Ahmet, "Memur Kavramında Yenilik", *DD*, 1972, yıl. 2, sayı 4, s.8 vd.
- Erman, Sahir, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", *SBOD*, c. 11, s.3-4, 1947
- Giritli, İsmet, *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, Filiz Kitabevi, 6.bası, İstanbul 1979
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2006
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Gökçe, Abbas, "Memurun Adli Görevi ve Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa", *DD*, 1979, y.9
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, "Ceza Hukukumuzda Memur ve Hizmetli Kavramları", *AD*, 1970, sayı.1, s.5 vd.
- Gözübüyük, Şeref / Tan Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 5.bası, c.1, Ankara 2007
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 9. baskı, Ankara 2004
- Keyman, Selahattin, "Memurin Muhakematı Kanunu", *AÜHFD*, 1962, c.XIX, sayı 1-4, s.173 vd.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 9.bası, İstanbul 1989
- Malkoç, İsmail, *Memur Yargılaması*, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2000

- Meran, Necati, *Zimmet-Rüşvet İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- Mumcu, Uğur, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", *AÜHFD* 1971, c. XXVIII, sayı.1-4, s.133 vd.
- Okuyucu Ergün, Güneş, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008
- Okuyucu, Ergün Güneş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 82, 2009, s.1139-169
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, 3. bası, 2.cilt, İstanbul 1966
- Önder, Ali Rıza, "Ceza Yargılama Usulünde Memur Sayılmayan Görevliler", *AD*, Ağustos 1974
- Önok, Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özell Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010
- Öztürk Bahri, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ve İnsan Hakları Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri" *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 1997, sayı 1, s.71 vd.
- Pınar, İbrahim, *Memur Suçlarının Soruşturma Usulü*, Ankara 1997
- Pınar, İbrahim, *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000
- Postacıoğlu, İ. E., *Türk Ceza Kanunu Muvacehesinde İflas İdare Memurları*, *İHEM* 1973
- Sancakdar, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001
- Sancakdar, Oğuz, *Memur Hukuku*, TC. Anadolu Üniversitesi Yayını No.1760, Ağustos 2007, 1.bası
- Selçuk, Sami, "İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı", *YD*, Ocak-Nisan 1997, s.1-2,

- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, 4.bası, Ankara 2004
- Soyaslan, Doğan,, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, *AÜHFD.*, 1996, c. 45, s. 1-4
- Şekercioğlu, Metin, *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, İstanbul 1974
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi 7. bası, Ankara 2010
- Timur, Turgut, *Memurların Yargılanmaları Usulü*, Ankara 1971
- Ünlü, Ahmet Hamdi, *Memurların Yargılanmasına İlişkin Yasa*, Ankara, 1992
- Yaşar, Hakkı, “Ceza Kanunu Uygulamasında Memur Kavramı ve Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçlarının Tahlili ve Tatbiki”, *AD*, 1966
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, c.1, Ankara 2010